06/03/2012 **SEGUNDA TURMA**

HABEAS CORPUS 106.163 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : ROGÉRIO PONTES DUTRA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PUBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. **PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.**

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas, é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos em proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do

princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. **1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade:** Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALDIADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a Lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz

para proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, ambiente, saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e, indiretamente, vida, liberdade, integridade física e **psíquica** do indivíduo etc. **Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta.** É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

4. ORDEM DENEGADA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de março de 2012.

Ministro **GILMAR MENDES**
Relator
Documento assinado digitalmente

06/03/2012 **SEGUNDA TURMA**

HABEAS CORPUS 106.163 RIO DE JANEIRO

RELATOR	**: MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S)	: ROGÉRIO PONTES DUTRA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PUBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em favor de Rogério Pontes Dutra, contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 141.204/RJ.

Na espécie, o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 16, IV, da Lei 10.826/2003, porquanto transportava, no interior de seu veículo, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, um revólver marca Rossi, calibre 22, com numeração raspada.

Finda a instrução, foi absolvido pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Bom Jesus do Itabapoana/RJ, nos termos do art. 386, III, do CPP, ao fundamento de que a inaptidão da arma, ante a ausência de munição, gera atipicidade da conduta, porque perde a potencialidade lesiva que caracteriza o conteúdo do injusto.

Contra essa decisão, o Ministério Público interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Alegou que o transporte de arma de fogo, crime de mera conduta e de perigo abstrato, mesmo na ausência de munição, configura o crime previsto no art. 16, IV, da Lei 10.826/2003, na medida em que a ofensividade do artefato não está apenas na sua capacidade de produzir disparos, mas também no potencial de intimidação.

Submetido a julgamento, a 2ª Câmara Criminal deu provimento ao

recurso para reformar a sentença e condenar o paciente à pena mínima, substituída por duas restritivas de direitos.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, postulando a absolvição e sustentando a inexistência de ofensa à incolumidade pública, bem protegido pela norma penal, uma vez que a arma apreendida estava desmuniciada e sem munição à mão, a inviabilizar o pronto disparo. A Quinta Turma, por unanimidade, denegou a ordem. Daí, o presente *habeas corpus*.

Aduz a defesa que não pode prevalecer o acórdão questionado, pois o paciente fora detido em flagrante em 9 de dezembro de 2004, quando transportava, no assoalho localizado atrás do banco do motorista do veículo, um revólver da marca Rossi, calibre 22, com o número de série suprimido, desmuniciado, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Sustenta que, se no momento da apreensão, a arma estava desmuniciada, não há se falar no delito, porque, em se cuidando de arma de fogo, para aperfeiçoar-se o ilícito, é de todo imperioso que, além de apresentar-se em condições de funcionamento, exista munição ao alcance da mão, hábil a efetuar disparos.

Ressalta que, pelo princípio da ofensividade do direito penal, é inconcebível que o simples porte da arma desmuniciada configure delito.

Enfatiza a necessidade de haver relevância no resultado, ou seja, efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, não podendo o resultado ser presumido.

Nesses termos, requer seja concedida a ordem de *habeas corpus*, a fim de ser anulado o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, trancando, por conseguinte, a ação penal, ante a ausência de justa causa paraprosseguimento.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

06/03/2012 **SEGUNDA TURMA**

HABEAS CORPUS 106.163 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): No presente *habeas corpus*, a defesa sustenta a atipicidade da conduta perpetrada pelo paciente, ao argumento de que a arma encontrada em seu poder estava desmuniciada e, por isso, sem potencialidade lesiva.

1. Delimitação da controvérsia

A questão central debatida no *habeas corpus* consiste em saber se o porte de arma de fogo sem munição configura o crime descrito no art. 16, IV, do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003).

De início, observo que o art. 14 do Estatuto do Desarmamento assim descreve o tipo penal do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido:

> "Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente".

Como se vê, o tipo descrito nesse art. 14 muito se aproxima daquele anteriormente definido no art. 10 da Lei 9.437/97[1]. As condutas são as

1 Art. 10 da Lei n.° 9.437/97: "Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar,

mesmas, com exceção da fabricação, do aluguel e da exposição à venda da arma de fogo, que passaram a ser objeto de norma incriminadora específica, o art. 17 da lei, que define o crime de comércio ilegal de arma de fogo.

Por outro lado, o art. 16 da Lei 10.826/2003 reúne as condutas descritas no art. 12 – Posse Irregular de Arma de Fogo de Uso Permitido[2] – e no art. 14 – Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido[3] –, com a modificação do objeto material do tipo, que, neste caso, é a arma de fogo de uso restrito, definida pelo Decreto 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento, como "*aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica*".

Observo que o tipo descrito no *caput* desse art. 16 refere-se tanto ao porte como à posse de arma de fogo de uso restrito. O Estatuto do Desarmamento distingue ambos os conceitos. A posse é o simples domínio de fato sobre o objeto em questão, mantido sob a guarda do agente em um local específico (na residência ou no local de trabalho). O porte, por outro lado, à possibilidade de transporte do objeto de um lugar para outro.

A controvérsia reside em saber se a arma de fogo desmuniciada poderia ser objeto material do crime acima descrito.

As opiniões dividem-se em duas correntes básicas.

Alguns entendem que o crime de porte de arma de fogo constitui

---

manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – detenção de um a dois anos e multa.

2 Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

3 Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

delito de perigo abstrato e, portanto, a incidência da norma penal independe de a arma estar ou não municiada.

Outros são contundentes ao defender, com base no princípio da lesividade, que o fato de a arma estar desmuniciada não constitui suporte para o tipo do crime de porte ilegal de arma de fogo, visto que, nesse caso, não haveria ofensividade necessária ao preenchimento do tipo em seu aspecto material.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria

O tema foi objeto de apreciação pela Primeira Turma desta Corte, tendo como base o art. 10 da Lei 9.437/1997.

No julgamento do RHC 81.057/SP, rel. Orig. Min. Ellen Gracie, Red. p/o acórdão Min. Sepúlveda Pertence (DJ 29.4.2005), a jurisprudência da Primeira Turma firmou-se no sentido de que "**configura fato atípico o porte de arma desmuniciada e sem que o agente tenha a pronta disponibilidade da munição**".

O Ministro Sepúlveda Pertence concluiu, em seu voto condutor, que:

> (1) "se o agente traz consigo a arma desmuniciada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em conseqüência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo";
>
> (2) "ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica".

A ementa do acórdão bem resume as conclusões a que chegaram os ministros no julgamento em referência:

> "Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniciada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a

pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato:

1. Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.

2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.

3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo.

4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça – pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos – da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.

5. No porte de arma de fogo desmuniciada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade:

(1) se o agente traz consigo a arma desmuniciada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo;

> (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica".

Como se vê, nesse julgamento foram amplamente debatidas as teorias modernas a respeito do princípio da lesividade, a exigir, para configuração do fato típico, a efetiva ou a potencial lesão ao bem jurídico penal tutelado, assim como, no caso específico do porte ilegal de arma, a distinção entre ofensividade e poder de intimidação. Deixou-se consignado, tal como delineado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que esses princípios – lesividade e ofensividade –, como princípios gerais de interpretação da lei penal, "*hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte*".

De outro norte, alinhando-se à tese de que "***o crime de porte de arma de fogo constitui delito de perigo abstrato, consumando-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo à sociedade, pois o dano é presumido pelo tipo penal***", tem-se os seguintes precedentes: HC 104.206, rel. Min. Cármen Lúcia; e RHC 91.553, rel. Min. Ayres Britto.

3. Princípio da Ofensividade como Vetor Interpretativo e de Aplicação da Lei Penal

Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda atividade de interpretação da lei penal. E, com mais razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal. *Ipso facto,* deverá o juiz, diante das circunstâncias específicas do caso concreto que lhe foi posto a julgamento, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então examinar a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa. A simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar como delituosa a conduta do agente.

Não tenho a intenção de repisar todos os argumentos que já foram objeto dos votos dos eminentes ministros desta Corte. **Não obstante,**

creio que o Tribunal pode evoluir nessa fundamentação para consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que possibilitaria o exercício da fiscalização por parte da jurisdição constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal.

Consolidar essa linha de argumentação será intento primordial das análises seguintes.

4. Controle de constitucionalidade de leis penais

4.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas.

Menciono, a propósito, as seguintes disposições constantes do art. 5º:

> "*XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;*
>
> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
>
> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
>
> XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação

de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;".

Também o art. 7º, inciso X, contempla norma clara a propósito:

"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa".

Em sentido idêntico, dispõe o art. 227, § 4º, da Constituição:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente."

Também o art. 225, § 3º, dispõe de forma semelhante:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Em todas essas normas, é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista bens e valores envolvidos[4].

Em verdade, tais disposições traduzem outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente da feição objetiva na ordem constitucional.

Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga, não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*) mas, também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)[5].

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação[6]. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever de o Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de protegê-los contra agressão ensejada por atos de terceiros[7].

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "*adversário*" à função de guardião desses direitos[8].

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado

4 FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80 e seg.

5 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988, p. 155-156.

6 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* , cit. p. 156.

7 Cf., a propósito, *BverfGE*, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

8 Cf., a propósito, DIETELEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e s.

nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica[9].

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos fundamentais[10].

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)[11].

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção[12]:

> a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
>
> b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
>
> c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento

9 von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung* Art 1-19, Nº 22.

10 von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, cit*.

11 CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. *JuS*, 1989, p. 161 (163).

12 RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht.* 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental[13].

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Luciano Feldens[14], os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Registro que os mandatos de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, "c", e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da francesa, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I).

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo "catálogo" de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar, configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante criminalização de condutas.

Outras vezes, cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela

---

13 Cf. *BVerfGE* 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

14 FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2005.

Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discrição legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação[15] para decidir quais medidas devem ser adotadas para proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot)* e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada[16]. O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o

---

15 Cfr.: ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, nº 66, ano 22, p. 13-64, sep.-dic./2002.

16 "Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação". CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção[17].

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE 88, 203, 1993*). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

> *"O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).*
>
> (...)
>
> É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...)".

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso

17 Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.

(*Übermassverbot*) funciona como limite máximo e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para proteção do bem jurídico penal e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais[18].

Esses argumentos serão analisados no tópico seguinte.

4.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade

O Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos.

Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotados de menor potencial ofensivo.

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta

18 BVerfGE 88, 203, 1993.

intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.

Esse entendimento pode ser traduzido segundo o *postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, o qual, como ensina Alexy, "pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*"[19].

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional*.

Essas são as premissas para construção de um *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal*, baseado em *níveis de intensidade*[20].

Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã.

Na famosa decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, do Primeiro Senado, de 1º de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – *BVerfGE* 50, 290 –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade

19 ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

20 Cfr.: LOPERA MESA, Gloria Patricia. P*rincipio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2006.

(*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico.

O Tribunal ressalta, não obstante, que "*a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da* 'Grundgesetz'" (*BVerfGE* 50, 290).

Assim, conclui que "*a tarefa (do controle de constitucionalidade) consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social*" – ou político-criminal, se quisermos contextualizar essa afirmação – "*que devem permanecer reservadas ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador*" (*BVerfGE* 50, 290).

Esse controle de evidência foi delineado também na decisão *BVerfGE* 77,170 (*Lagerung Chemischer Waffen*), na qual o Tribunal deixou assentado o seguinte entendimento:

> "*Para o cumprimento dos deveres de tutela (Schutzpflichten) derivados do Art. 2, II, 1 GG, cabe ao Legislativo, assim como ao Executivo, uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação (poder discricionário), que também deixa espaço para, por exemplo, dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes.*
>
> Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado

dos bens jurídicos em jogo".

Assim, o Tribunal fixou entendimento de que a admissão de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) pressupõe a demonstração, "*de maneira concludente, que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção*".

Logo, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas à proteção do bem jurídico penal. Eventual declaração de inconstitucionalidade deve basear-se na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal.

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (*BVerfGE* 50, 290).

Também, na decisão *Mühlenstrukturgesetz* (*BVerfGE* 39, 210), o Tribunal Constitucional alemão fixou esse entendimento, nos seguintes termos:

> *"O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação (discricionariedade) na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as*

> *medidas legislativas [BVerfGE 25, 1 (17); 38, 61 (87)]. Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações (dados da realidade social) possível ao legislador quando da elaboração da lei [BVerfGE 25, 1 (12 s.)]. Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os (eventuais) erros (que vierem a ser revelar no futuro, n. org) sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados".*

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de saber se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de "maneira sustentável"[21].

Nesse sentido, uma das decisões mais importantes da Corte alemã pode ser encontrada no famoso caso *Cannabis* (*BVerfGE* 90, 145), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa*. Ao analisá-lo sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, que incide com maior rigor no exame de um dispositivo penal, a Corte enfatizou que cabe ao legislador ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para alcance do fim almejado, o que pressupõe, também, a discricionariedade para realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada. Os argumentos utilizados estão bem representados no seguinte trecho da decisão:

> *"Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. BVerfGE 75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)]. Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203*

21 BVerfGE 88, 203, 1993.

(258].

Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a Grundgesetz caracteriza como 'inviolável', é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [BVerfGE 22, 180 (219); 58, 208 (224 et seg.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental [cf. BVerfGe 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176)].

Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, como na avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem (discricionária) de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal – dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo – poderá revisar somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 (215); 88, 203 (262)].

Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157

> (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE 48, 396 (402); 83, 1 (19). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG [cf. BVerfGE 45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a conseqüência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. BVerGE 54, 100 (108)].
>
> É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz [cf. BVerfGE 80, 244 (255)]".

Na questão, o *Bundesverfassungsgericht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconheceu que, ainda, não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para alcançar a redução do consumo de *cannabis*: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da *cannabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio

do conhecimento acerca da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que, *"se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de cannabis sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei"*[22].

Dessa forma, não se pode deixar de considerar que, no âmbito desse denominado controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.868/99.

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários do tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses se relaciona íntima e indissociavelmente da própria competência do Tribunal[23].

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – os

22 **BVerfGE** 90, 145, 1994.

23 Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; 2007, p. 471 e segs.

quais serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada.

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como vida e liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

Essa fase do controle foi efetivamente definida na citada decisão *Mitbestimmungsgesetz* (*BVerfGE* 50, 290), mas já havia ficado explicitada na célebre decisão *Apothekenurteil* (*BVerfGE* 7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão. Na ocasião, o Tribunal assim fixou seu entendimento:

> *"As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no 'último degrau' (dos pressupostos objetivos de sua admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevalecente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um 'degrau' anterior.*
>
> Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um tribunal,

pois um tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria contra o princípio da divisão de poderes.

O Tribunal Constitucional não pode concordar com essa posição.

Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se à esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela Grundgesetz.

A exigência frequentemente feita nesse contexto segundo o qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão BVerfGE 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição

> constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse 'inexoravelmente obrigatória'. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os 'meios igualmente adequados', que correspondessem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais frequentes escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida".

Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador.

Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que *prima facie* constitui intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar medidas adequadas e necessárias à efetiva proteção desses. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que

poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

5. Análise do caso

5.1. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade

A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a Lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo.

Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico.

Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma por pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam indesejado perigo ao bem jurídico.

Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer. O legislador, dessa forma, formula uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou o perigo de lesão venham a se efetivar. O delito estará consumado com a mera conduta descrita no tipo.

Com isso, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação mantida entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da lesividade ou ofensividade, ou mesmo da culpabilidade e da presunção de inocência, os quais, não há dúvida, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade[24].

A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato, por isso, deve ser objeto de rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade; especificamente, sobre sua adequação ao princípio da proporcionalidade.

A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que gerem perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para proteção de bens jurídico-penais supra-individuais ou de caráter coletivo, como o ambiente, por exemplo. A antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. Cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade dessa atividade legislativa em matéria penal, de acordo com os parâmetros a seguir delineados.

Em primeiro lugar, no âmbito de análise segundo a máxima da *adequação*, é possível constatar que não serão idôneos para proteção de determinado bem jurídico os atos legislativos criadores de tipos de perigo abstrato que incriminem meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico em questão. Isso quer dizer que os crimes de

24 Cfr.: AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, pp. 325 e ss.

perigo abstrato devem restringir-se aos comportamentos que, segundo os diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador com base em dados e análises científicas disponíveis no momento legislativo – e daí a importância da verificação de fatos e prognoses legislativos em sede de controle judicial de constitucionalidade – geralmente configuram perigo para o bem jurídico protegido, estando descartados aqueles que apenas de forma excepcional podem ensejar tal perigo. Conforme as lições de Aguado Correa:

> "Como conclusión, podemos afirmar que serán idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos cuando, según la forma y la intensidad de los ataques, sea necesaria su protección frente a peligros abstractos; cuando se trate de prohibir comportamientos que no afectan de modo alguno al bien jurídico correspondiente serán inidóneos. Por otra parte, únicamente será idónea la prohibición penal de acciones peligrosas en abstracto cuando las distintas formas de actuación que se prohiben normalmente supongan un peligro para el bien jurídico protegido y no cuando tan solamente en casos excepcionales puede suponer un peligro para el mismo".[25]

Nesse sentido, segundo a máxima da *necessidade*, quando houver medidas mais eficazes para proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como *ultima ratio*. Assim, como explica Aguado Correa:

> "Para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de ofensividad es necesario: por

25 Cfr.: AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, pp. 341 e ss.

HC 106.163 / RJ

> una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, es decir, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implican una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que sólo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido".[26]

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser verificado se a restrição a direitos fundamentais como resultado da incriminação de comportamentos perigosos em abstrato pode manter uma relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico em questão alcançada pela medida normativa de caráter penal. Em outros termos, quanto maior for a intervenção penal em direitos fundamentais dos afetados, maior deverá ser a efetiva proteção do bem jurídico por ela almejada. Nas palavras de Aguado Correa:

> "el tercer nivel del principio de proporcionalidad en sentido amplio pretende ser un control de signo opuesto de aquellas medidas que han sido consideradas idóneas y necesarias, en el sentido de si los medios utilizados, que son los que causan esa restricción de derechos fundamentales en los afectados, se encuentran en una relación de proporción con la protección del bien jurídico que a través de los mismos se pretende alcanzar. Este examen puede llevar a la conclusión de que un medio en principio idóneo y necesario para la protección del bien jurídico, no debe ser utilizado porque el menoscabo de derechos fundamentales del afectado que conlleva supera el aumento de protección del bien jurídico, de

---

26 AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, p. 394.

> manera que la utilización de dicho medio de protección puede ser reputado desproporcionado. Ello implica que bajo determinadas circunstancias se deja de proteger legítimamente el bien jurídico porque, de lo contrario, se produciría un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales".[27]

Com efeito, à luz das premissas anteriormente expostas, mister se faz a análise contextual da norma em questão.

5.2. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS E JUSTIFICATIVA DA INCRIMINAÇÃO PELO LEGILSADOR

Se é inerente ao controle o exame da margem de discricionariedade conferida ao legislador – legitimado constitucionalmente a formular as políticas públicas –, cabe aferir as razões, os juízos e prognoses que o motivaram a selecionar determinado fato para construção do tipo penal.

Com esse intuito, destaco excerto da Mensagem n. 699, publicada no DO do dia 3.6.1999, enviada pelo Exmo. Sr. Presidente da República ao Presidente do Congresso Nacional, ao encaminhar o projeto de lei, de iniciativa do Executivo:

> 2. O projeto ora submetido à consideração de Vossa Excelência tem a intenção de restringir a comercialização, utilização e o registro de armas de fogo, de forma a proporcionar maior segurança à sociedade civil, por meio de efetivo controle das armas de fogo no território nacional. 3. Com a finalidade de adequar a legislação brasileira à tendência legislativa mundial, que aponta para restrição ao uso das armas de fogo, o projeto de lei apresentado reafirma a preocupação do Poder Público com a tutela do bem jurídico da segurança coletiva, o qual engloba valores fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio do indivíduo. 4. O

27 AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, p. 403.

porte de arma pelo cidadão comum tem se mostrado de alto risco tanto para si como para seus familiares. As tristes experiências recentes de violência nas escolas, com o uso de armas de fogo, causando tragédias que poderiam ser evitadas, somam-se às estatísticas de elevado número de mortes de cidadãos portadores de armas que reagiram a assaltos. Discussões de trânsito em que um dos motoristas estava armado são igualmente exemplos de tragédias ocorridas pela permissão legal do porte de arma ao cidadão comum. Assim, sobre ser falsa a segurança oferecida pelas armas, adiciona-se o risco de uso da arma por familiares não habilitados, com efeitos danosos para a sociedade. 5. A exemplo de países como Japão, França e Inglaterra, a disciplina jurídica prevista no projeto de lei ora apresentado introduz restrições ao porte de armas de fogo, com o objetivo de resguardar o indivíduo e a sociedade de abuso perpetrado na utilização dessas armas. 6. A legislação comparada, reconhecendo imperiosa necessidade de desestimular o uso de armas de fogo, tem sido alterada para introduzir restrições à disciplina da comercialização e do porte de armas. Além disso, episódios dolorosos envolvendo o uso inadequado de armas de fogo, ocorridos na década de 90, têm compelido países que, historicamente, sempre reconheceram direito aos cidadãos de possuírem armas de fogo para a defesa pessoal como os Estados Unidos, por exemplo, a debaterem o assunto e reverem suas concepções sobre a matéria. 7. Neste diapasão, em 20 de fevereiro de 1997, foi aprovada, entre nós, a Lei nº 9.437, a qual estabeleceu condições para o registro e porte de armas de fogo, inclusive definindo crimes relacionados com a matéria. Pretendia-se com este diploma legal obter um efetivo controle das armas de fogo no Brasil e, como conseqüência, sensível diminuição das estatísticas de crimes. Infelizmente, tais expectativas viram-se frustradas e, hoje, pouco mais de dois anos após a entrada em vigor da Lei nº 9.437/97, está-se às voltas com o mesmo debate sobre o problema da comercialização, da posse e do porte de armas de fogo. 8. Este quadro leva à apresentação do anexo projeto de lei, com o

> propósito de reafirmar a preocupação do Poder Público com o bem jurídico da segurança coletiva, envolvendo nesta expressão, inclusive, valores fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio dos indivíduos. Tal preocupação leva, pois, à proibição da venda de arma de fogo em todo território nacional, ressalvada a aquisição pelas Forças Armadas, pelos órgãos de segurança pública federais e estaduais, pelas guardas municipais, pelo órgão de inteligência federal e pelas empresas de segurança privada regularmente constituída, na forma prevista pelo art. 1º. 9. Para impedir que a violência continue grassando, não é suficiente apenas proibir a venda de arma de fogo. Necessário que haja um posicionamento legal sobre as armas que estão em poder de particulares, na forma do art. 2º, no sentido de determinar aos proprietários das armas que as recolham às unidades das Forças Armadas, da Polícia Federal ou da Polícia Civil, garantindo-lhes indenização decorrente desse recolhimento".

Na justificativa do PL 292 no Senado, fez-se constar: *"a onda de violência que vem se avolumando em nosso país, fartamente noticiada, tem como uma das suas principais causas a facilidade de obtenção e uso de armas de fogo. O Estado não pode se eximir de seu dever de manter a segurança pública, reduzindo este perigo a um grau suportável. Conforme o projeto que ora apresento, o uso de armas de fogo passa a ser objeto de estrito controle estatal, sendo permitindo apenas circunstâncias excepcionais"*.

Submetido, conjuntamente com outras propostas (quase 70) em tramitação no Congresso Nacional sobre a matéria, recebeu o Projeto de Lei parecer da Comissão de Constituição e Justiça, de cujo conteúdo destaco:

> "A constatação feita pela ONU de que o Brasil ocupa o primeiro lugar no mundo dos homicídios praticados por armas de fogo e a realidade chocante da proliferação das armas de fogo, o que causou aumento substancial da letalidade dos crimes, reabriu o debate sobre a relação arma de fogo e

violência; arma de fogo e criminalidade. Por essa razão o Congresso Nacional discute hoje o presente Projeto de Lei, denominado de “Estatuto do Desarmamento”, proposta que, como já disse, vem sendo discutida também pela sociedade, com repercussão nos meios de comunicação, provocando reações intensas entre os debatedores, polemizando sobre os efeitos práticos e legais do uso de armas de fogo.

Aos nos debruçarmos sobre o tema seria necessário que respondêssemos à seguinte pergunta: Quantas armas de fogo existem entre nós, brasileiros, e qual o perfil de seus usuários? Pesquisa realizada pelo sociólogo Túlio Kahn, Doutor em ciência política e Coordenador de Pesquisas do Ilanud – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção de Delito e Tratamento do Delinquente, demonstra que o contrabando, a subnotificação dos dados oficiais e a total ausência de dados na área criminal em nosso país fazem com que essa pergunta básica fique praticamente sem resposta, pois esses números são bastante imprecisos.

As pesquisas de vitimização perguntam a uma amostra de entrevistados quantos têm armas em casa, de que tipo e com que finalidade, mas não fornecem um número totalmente correto porque, mesmo em se tratando de pesquisa com garantias de anonimato, parece certo que uma boa parte dos proprietários de armas de fogo (principalmente as ilegais) tenderão omitir essas informações. Estas estimativas, portanto, estão subestimadas, pois referem-se principalmente às armas legais e é preciso levar em conta que a maioria destas pesquisas foi feita com amostras dos grandes centros urbanos.

Na pesquisa de vitimização realizada pelo Ilanud/Datafolha em São Paulo, em 1997, assumiu-se a existência de armas de fogo em 8% das residências brasileiras, sendo revólver o tipo mais comum – 6%. Isso, levando-se em conta o número de domicílios no ano anterior ao da pesquisa, representou 732 armas legais no Estado. Usando-se da mesma pesquisa no Rio de Janeiro, em 1996, encontrou-se armas de fogo em 9% das residências cariocas. Pesquisa semelhante,

realizada pela Organização Pan-Americana de Saúde, em 1996, constatou a presença de armas de fogo em 5,6% das residências da cidade de Salvador/BA.

Além do registro oficial de armas de fogo cadastradas pela polícia e das pesquisas de vitimização, é possível ter-se uma ideia da quantidade de armas de fogo em circulação a partir de dados de apreensão de armas ilegais feitas pela polícia. Se forem considerados apenas os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, que juntos representam 33% das compras de armas no país, as apreensões chegam a cerca de 3.000 armas por mês ou 36.000 armas por ano (dados estatísticos de 1997).

Os meios de comunicação dão grande atenção aos delitos cometidos por integrantes do crime organizado, que usam armamento pesado. Citam frequentemente as apreensões feitas pela polícia de fuzis AR-15 ou submetralhadoras Uzi. Não obstante o poder letal superior destas armas, parece que são armas de fogo de pequeno calibre (armas de mão), as mais utilizadas nos homicídios e outros crimes violentos. Os estudos das Nações Unidas sobre a regulamentação de armas de fogo, realizados em 69 países, demonstram que dos cerca de 40.000 dos 50.000 homicídios cometidos anualmente no Brasil, 80% deles são praticadas com armas de pequeno calibre. Na análise feita pelo ISER – Instituto de Serviços Religiosos -, com 19.626 armas apreendidas pela polícia do Rio de Janeiro entre novembro de 1996 e março de 1999, constatou-se a preponderância absoluta dos revólveres, com 59% das apreensões, contra 19% das pistolas e a participação diminuta das armas de grosso calibre: metralhadoras (1,5%) e fuzis (4,7%).

Até mesmo o argumento de que os crimes são praticados com armas contrabandeadas, de grosso calibre, também parece ser relativo e falacioso. Outra pesquisa do ISER, feita pelos sociólogos Leandro Piquet Carneiro e Ignácio Cano, revelou que 78% das armas apreendias pela polícia, são de procedência nacional e, geralmente, roubadas. Segundo a divisão de Produtos Controlados da Polícia Civil, cerca de 77.000 armas

foram roubadas, furtadas ou extraviadas em 1998, apenas no Estado de São Paulo, realimentando o mercado ilegal. Com certeza a quantidade é maior do que esta, se levarmos em conta que os proprietários de armas ilegais e mesmo muitos proprietários de armas legais deixam de registrar a ocorrência policial. E, se levarmos ainda em consideração que as armas atualmente nas mãos dos criminosos, em grande parte, são as que um dia foram legais e que foram roubadas ou furtadas, chegaremos à conclusão de que uma diminuição geral de armas legais poderá ocasionar também uma queda na quantidade de armas ilegais em circulação, se essa demanda não for suprida pelo contrabando.

Decerto, existem indícios de que isso já vem acontecendo. Com as restrições impostas pela Lei n. 9.437, de 1997, mais brandas do que ora propostas, a queda no volume de compras de armas legais em São Paulo fez com que diminuíssem os roubos e furtos de armas de fogo das mãos de pessoas jurídicas (bancos, empresas de vigilância etc.), que caiu no Estado de 225 por mês, em 1997 e 1998, para 165 por mês, até junho de 1999 – número que continua expressivo.

As pessoas compram armas de fogo com a finalidade principal de se protegerem e se prevenirem contra crimes. Não é contudo certo se a posse de arma cumpre esta finalidade. Pesquisa mundialmente conhecida, realizada pelo Dr. Arthur Kellerman e publicada no "New England Journal of Medicine", em 1993, revelou, que os lares com armas de fogo têm aumentado em 2,7 vezes o risco de homicídio interfamiliar, em 4 vezes os acidentes e em 11 vezes os suicídios. Esta relação mostrou-se verdadeira mesmo quando se controlou o experimento pelo uso de álcool, drogas e histórico de violência doméstica da casa. Este estudo confirma que as armas são mais prováveis de serem usadas quando se está ingerindo bebida alcoólica e se tem uma discussão com alguém conhecido. Ele indica que as pessoas tendem a usar a arma não pela razão original pela qual foi trazida para dentro de casa – a segurança -, mas em brigas com membros da família e amigos.

A natureza dos homicídios no Brasil, embora os dados sejam esparsos, sugere a existência de um elevado percentual de mortes cuja autoria não pode ser imputada a criminosos, habituais ou profissionais, mas antes a pessoas comuns, sem antecedentes criminais, mas que perdem a cabeça num momento de tensão, de desespero. Segundo o sociólogo Guaracy Mingardi, 48,3% dos homicídios praticados na Zona Sul de São Paulo, decorrem de motivos fúteis, como discussões em bares, brigas de trânsito ou conflitos de vizinhança. Pesquisa do ISER sobre crimes violentos cometidos no Rio de Janeiro, no mês de março de 1998 revelou, com base em 164 ocorrências com vítimas fatais, que, em 58 casos, existia um relacionamento entre autor e vítima, ou seja, 35,4% dos casos.

(...)

Sabemos de antemão que a arma de fogo por si só não é a causadora da violência. Exemplo do Rio Grande do Sul, onde os índices de criminalidade são menores do que no Rio de Janeiro e em São Paulo. O que acontece é que se cometem menos crimes com armas legalizadas e registradas, e, além disso, nesses dois últimos Estados a proliferação de armas de fogo se combina com uma situação mais grave de narcotráfico, pobreza, desigualdade de renda, urbanização desordenada etc, o que faz com que a violência se destaque e se dissemine.

Mas, mesmo assim, o alto índice de porte de armas de fogo no Rio Grande do Sul acaba por trazer a combinação armas, alto índice de taxa de acidentes e suicídios. O Rio Grande do Sul detém o primeiro lugar em suicídios no país (10 por 100 mil hab.), e é o segundo estado em suicídios por armas de fogo (29,6%) (Fonte: Datasus,2000).

O impacto dessas armas de fogo no sistema de saúde nacional é relevante. Em Brasília, 30% dos atendimentos nas emergências hospitalares são relativos a ocorrências com armas de fogo. Enquanto uma bala custa menos de R$ 1,00, a internação hospitalar custa ao Estado, por vítima de arma de fogo, uma média de R$ 245,70 por dia (fonte Convive/DF, 2003).

Julgamos importante também incluir neste nosso Parecer

> dados levantados pela Anistia Internacional, em seu Relatório intitulado "VIDAS DESPEDAÇADAS", publicado do último dia 09 deste mês, informando que uma pessoa morre a cada minuto por causa da falta de controle na venda de armas".

De acordo com esse relatório, o número equivale a cerca de 500 mil mortes por ano.

No caso brasileiro, pelo menos parte dos 300 mil homicídios que ocorreram no país nos últimos dez anos poderia ter sido evitada se houvesse um controle maior do acesso às armas.

Por conta dessa situação, foi lançada no último dia 9, pela Anistia Internacional, uma campanha mundial pela adoção de um tratado internacional que restrinja o comércio ilegal e legal de armas de fogo.

A campanha foi promovida simultaneamente em Lima, Nairóbi e Londres. Por ocasião do lançamento da campanha, a Dra. Rebecca Peters, Diretora Internacional de Ação para Armas Leves, que reúne 550 organizações em cem países, afirmou: "*As armas [leves] são uma nova ameaça de destruição em massa*". Segundo a Dra. Peters, há no mundo 650 milhões de armas leves (uma para cada dez habitantes do planeta). Cerca de 70% dessas armas estão nas mãos de civis, o que demonstra que os civis possuem mais armas do que todos os soldados e policiais do mundo. A campanha concentra-se nas armas compradas por indivíduos e também contra governos que permitem isso. "*É para conscientizar governos e opinião pública e criar tratado universal para controlar armas*.", finalizou a Dra. Peters. Embora cobre ações dos governos pelo mundo, a Anistia Internacional acena para o fato de que a melhor forma de conter a proliferação de armas é colocar em prática leis que estabeleçam maior rigor para o comércio, propondo inclusive um acordo internacional para o controle de armas por todo o mundo.

Segundo o especialista Damian Platt, da Anistia Internacional, no Brasil, o desvio de armas fabricadas no próprio país é um problema ainda maior do que a importação de armas: "*muitas armas saem do Brasil legalmente e entram de novo pelo circuito ilegal, geralmente indo parar nas mãos do crime organizado*".

(...)

"Como última referência dessa situação calamitosa, expomos aqui a pesquisa formulada pelo IBOPE e entregue pelo Presidente do Instituto, Dr. Carlos Augusto Montenegro, pessoalmente, à Presidência desta Comissão, no último 30 de setembro. Realizada entre os dias 18 e 22 daquele mês, tendo como amostragem 145 municípios brasileiros constatou: 80% dos entrevistados votariam a favor da proibição da venda de armas a civis em eventual referendo; 65% dos entrevistados acreditam que as propostas do Estatuto ajudariam a reduzir a violência no país; 82% se dizem a favor das medidas propostas pelo Estatuto, sendo que entre os entrevistados de baixa renda, portanto os mais atingidos pela violência, esse índice sobe para 85%; o interesse da população no assunto é de 76% nas capitais e 61% nos municípios com mais de 100 habitantes; 75% dos entrevistados disseram já ter ouvido falar do estatuto e, apenas 8% acham que mesmo com o estatuto a tendência da violência é aumentar. Esses números dão conta da gravidade da situação insuportável pela qual passa a população brasileira e que reclama uma resposta.

Cabe ao Congresso Nacional dar essa resposta, com urgência, àqueles que nos confiaram o seu voto.

É intenção da presente proposição inovar a norma que regula a posse , o porte e o comércio de armas de fogo criando, por meio de uma Lei Especial, nova norma orientadora do uso de armas de fogo, permitindo assim que se promova o desarmamento, ressalvados os casos que especifica.

Pretende o Projeto em exame atribuir competência exclusiva à Polícia Federal para a expedição e a autorização para a posse e o porte de armas de fogo de uso permitido e de munições, sem prejuízo do estabelecimento de convênios de cooperação com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados; estabelecer requisitos mais rígidos para os interessados na aquisição de arma de fogo; proibir o porte de arma de fogo para pessoas físicas, com as ressalvas previstas; aumentar os valores das taxas correspondentes à expedição de autorizações

> para a posse e o porte de arma de fogo, sem que a elevação possa significar desestímulo ao registro e ao porte; tipificar penalmente condutas criminosas relacionadas com armas de fogo, agravando as penas correspondentes às previstas atualmente na legislação; aumentar a idade mínima das pessoas físicas legalmente autorizadas a adquirirem armas de fogo; prever a aplicação de multas às empresas que promoverem indevidamente o transporte e a publicidade de armas de fogo e propor a proibição da comercialização de armas de fogo, condicionada à aprovação da norma mediante referendo popular a ser realizado em outubro de 2005.
>
> As discussões e debates promovidos no decorrer da tramitação da presente proposição colocaram em xeque a eficácia da Lei nº 9.437, de 1997, que trouxe algum avanço no quesito controle da posse e do porte de armas de fogo, porém a lei demonstrou neste curto espaço de tempo, que necessita ser aprimorada e a norma modernizada para que surta o seu efetivo fim, visto que a violência e o uso indiscriminado de armas de fogo vêm provocando relevante prejuízo à sociedade e ao Estado e ceifando milhares de vidas, principalmente, jovens e crianças".

Embora extensa a transcrição, trata-se de compromisso de fidelidade com o Parlamento e com esta Corte.

5.3. DOS CONTROLES DE EVIDÊNCIA, SUSTENTABILIDADE OU JUSTIFICABILIDADE E MATERIAL DE INTENSIDADE (PROPORCIONALIDADE)

Afigura-se-me que as razões expostas superam os antes proclamados juízos de controle de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade. Afinal, a proposição da política pública em questão encontra ressonância em estudos diversos e ecoa no anseio popular. Em tese, há legitimidade no uso da discricionariedade do legislador.

Afinal, são de todos conhecidos e alarmantes os índices de violência

no país. A criminalidade atua de modo a subverter os princípios do Estado Democrático de Direito, obrigando os cidadãos, principalmente nos grandes centros, a viver intramuros, intranquilos e inseguros.

Remanescem a verificação do controle de adequação e a necessidade da medida, aferindo-se se o propósito almejado realmente pode ser obtido com a medida proposta, e se ao legislador não caberia selecionar outro meio de igual ou superior eficácia, que não restrinja ou restrinja menos o direito fundamental.

Esse juízo valorativo aproxima-se, e muito, ao próprio caráter fragmentário/subsidiário do Direito Penal.

De início destaco, embora a ele não vincule, evidentemente, que o próprio legislador, ao se referir às novas medidas propostas, reconhece que aquelas anteriormente adotadas não foram eficazes, por si só, para fazer recrudescer a violência. E, com efeito, propôs: "***atribuir competência exclusiva à Polícia Federal para a expedição e a autorização para a posse e o porte de armas de fogo de uso permitido e de munições; estabelecer requisitos mais rígidos para os interessados na aquisição de arma de fogo; proibir o porte de arma de fogo para pessoas físicas, com as ressalvas previstas; aumentar os valores das taxas correspondentes à expedição de autorizações para a posse e o porte de arma de fogo; tipificar penalmente condutas criminosas relacionadas com armas de fogo, agravando as penas correspondentes às previstas atualmente na legislação; aumentar a idade mínima das pessoas físicas legalmente autorizadas a adquirirem armas de fogo; prever a aplicação de multas às empresas que promoverem indevidamente o transporte e a publicidade de armas de fogo e propor a proibição da comercialização de armas de fogo***".

E nesse viés seguiu o denominado "Estatuto do Desarmamento", estabelecendo: obrigatoriedade do registro da arma (art. 3º); restrição para aquisição de armas de fogo, condicionando-a à demonstração da necessidade (art. 4º); limitação, mesmo que autorizada a aquisição, a mantê-la na residência ou no local de trabalho, bem como restrições ao comércio de armas, munições e acessórios (art. 5º); proibição do porte de

arma de fogo, ressalvadas as exceções, estas circunscritas às forças policiais e a certas e determinadas atividades (art. 6º); responsabilidade e guarda das armas utilizadas pelas empresas de segurança privada e de transportes de valores (art. 7º); tratamento dispensado para armas utilizadas por entidades desportivas (art. 8º); tratamento para armas utilizadas por seguranças estrangeiros, colecionadores e desportistas (art. 9º); competência para autorização do porte (art. 10); instituição de taxas para registro e renovação do porte (art.11); tipificação de delitos de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12), de omissão de cautela (art. 13), de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14), de disparo de arma de fogo (art. 15), de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16), de comércio ilegal de arma de fogo (art. 17), de tráfico internacional de arma de fogo (art. 18); causas de aumento de pena (arts. 19 e 20); restrição à concessão de liberdade provisória (art. 21); vedação ao fabrico, à venda, à comercialização e à importação de brinquedos réplicas e simulacros de arma de fogo (art. 26); e proibição da comercialização de armas de fogo e de munição (art. 35).

Diante desse contexto, cabe renovar a questão inicial: é legítima a criminalização do porte de arma desmuniciada?

Resta claro, nas razões que fundaram a proposta legislativa e no texto normativo aprovado, que a política estabelecida para a segurança pública é a da VEDAÇÃO AO USO, AO PORTE DE ARMA e À VENDA. Elege-se como imperativo da segurança pública o absoluto e total controle das armas de fogo no Brasil.

Destarte, é possível atingir este objetivo sem o uso do Direito Penal? Medidas administrativas e civis são suficientes para impedir o uso e o porte de arma de fogo? É factível e possível estabelecer e manter o controle do uso e do comércio de armas de fogo por meio de medidas administrativas?

A resposta negativa se impõe, pois a dinâmica dos fatos verificados no cotidiano – evidenciada nas razões do projeto de lei – tem demonstrado que a simples apreensão e a aplicação de sanção pecuniária não são o bastante para coibir o uso e o porte da arma de fogo e, por

conseguinte, reduzir os índices de violência.

Consigno que a majoração das penas, mediante qualificação de determinadas condutas tipificadas, quando consumadas com o emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, CP; art. 158, § 1º, CP), também, não se mostrou suficiente para coibir suas práticas.

Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e, indiretamente, vida, liberdade, integridade física e **psíquica** do indivíduo etc. **Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta.** É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), *concessa venia*, tem inerente à sua natureza a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto.

É inquestionável que o resultado morte ou lesão – ou mesmo a ameaça – pode ser obtido pelos mais diversos objetos e formas que a mente humana é capaz de se utilizar, mas, no caso da arma de fogo, pela sua própria natureza, o legislador resolveu distingui-la e erigi-la como tipo autônomo. O legislador, na verdade, antecipou-se aos possíveis e prováveis – isso me parece que deve ficar claro, pois é o ordinário – resultados lesivos. No caso, essa antecipação encontra sustentação no próprio objeto incriminado, pois ninguém se utiliza de arma com outra finalidade senão aquela para qual foi concebida.

E mesmo aqueles que dela se apossam para se defender, comprovam as estatísticas, têm cumprindo finalidade diversa, ora sendo objeto de acidentes domésticos, ora servindo para alimentar o comércio clandestino.

Inabalável, igualmente, a lesividade à paz social. E o argumento de que ela é ínsita a todo e qualquer delito, não desautoriza seu relevo como bem a tutelar, ao revés, confirma-o e ratifica sua distinção como fato apto a merecer a proteção do Direito Penal. Diversa seria a situação se o objeto, de per si, não causasse qualquer abalo à paz social, como, por exemplo, o caco de vidro, a faca (aceitos socialmente, mormente pela utilidade ordinária diversa).

HC 106.163 / RJ

Da mesma sorte e sem deslustro aos que divergem na linha de raciocínio, penso que seu poder de intimidação sobre as pessoas representa potencial lesão à paz social e à segurança pública.

Ad argumentandum, ainda, segundo Miguel Reale Junior: *"o direito valora e protege os bens segundo as pautas valorativas positivamente configuradas em seus comandos, os quais se dirigem à vontade dos destinatários da norma. Como o direito, com o fim de proteger bens, exerce função reguladora das vontades individuais, apenas quando há uma possibilidade de relacionamento entre a norma e a vontade a ser regulada, é que pode ocorrer uma contrariedade ao direito"*[28]. Portanto, não há que se falar em responsabilidade penal objetiva, pois ao cidadão remanesce espaço de autodeterminação. A ele é factível, possível e desejável que se abstenha de usar ou portar arma.

Essa é uma das facetas que me parece estar sendo esquecida – inclusive no que tange **à norma proibitiva do uso e porte de arma, como regra geral** –; é que não se pretende apenas alcançar seu efeito direto e ínsito à sua natureza – objeto letal, mas o **risco** que representa sua circulação e, por isso, mesmo aqueles autorizados a manter a arma de fogo o devem fazê-lo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio ou ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável pelo estabelecimento (art. 5º).

Podemos, sim, poetizar sobre a arma de fogo, mas é inexorável que sua natureza é letal e, com efeito, no plano teórico, respalda uma preocupação legítima do legislador de coibir seu uso, seu porte e sua posse.

Não descuro da realidade, inclusive daquela formada por situações possíveis de ocorrer nos mais diversos rincões deste país e que, em tese, ainda que subsumidas à tipicidade formal, são desprovidas de qualquer significação social.

A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

Devemos cindir a questão em dois momentos: da elaboração da

---

28 **Reale Jr, Miguel. Teoria do Delito. 2ª edição, RT, p. 69**

norma incriminadora e da aplicação do direito ao caso concreto. Aliás, como sói ocorrer em todas as situações abarcadas pelo direito.

Assim, a questão, ao meu sentir, não reside na tipificação da conduta, mas na aplicação do direito aos diversos fatos que se verificam no cotidiano. Na avaliação concreta realizada pelo juiz, ao realizar um juízo de subsunção do fato à norma.

A corroborar, ao menos em linha de princípio, colho a doutrina de Lênio Luiz Sreck[29]:

> "Para exemplificar, chamo a atenção para o caso de uma regra jurídica como a do art. 509 do Código Penal da Espanha, punindo todo aquele que *tuviera en su poder ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación.* Ninguém discutirá que estará sujeito à penalidade aquele que for detido no pátio de uma casa, em circunstâncias que apontem para o fato de que estava colocando em risco bens jurídicos patrimoniais de terceiros (aqui não se está questionando a liberdade de conformação do legislador, isto é, não se coloca em xeque a escolha dos fins e meios para a punição da conduta e também não se questiona, no plano geral, as políticas de combate aos crimes contra o patrimônio). Também não se discutirá a hipótese do enquadramento no tipo penal daquele que for detido já em plena utilização dos referidos instrumentos, uma vez que os pré-juízos legítimos, que conformam o modo-de-ser-no-mundo dos juristas, apontam para o sentido – que é trazido pela tradição na qual estamos desde sempre inseridos – do que seja 'instrumento próprio para o cometimento de furto', 'o significado de proteção à propriedade privada', 'crime', 'norma jurídica', 'teleologia da regra', 'função do direito penal', etc. Está-se diante, assim, da resposta correta para cada uma das hipóteses. Não haverá, portanto, qualquer dificuldade para procurar a

29 STRECK, LENIO LUIZ. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo, Saraiva, 2011. Paginas 309-314.

resposta, porque, antes disso, já foi encontrada pelo intérprete. Antes de procurar, ele já a achou.

Mas essa fusão de horizontes pode se mostrar malsucedida, na hipótese de ocorrer a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos (esta demanda só ocorre para quem tem condições de identificar os falsos pré-juízos como tais). Sendo mais claro, aqui me refiro às ocorrências do mundo prático que superem a situação ou situações consideradas *standard*, o que implica perguntar: estaria correto dizer que qualquer indivíduo que seja detido transportando instrumentos aptos para cometer furtos e não dê conta dessa posse estaria 'subsumido' no aludido tipo penal? Antes de tudo, é possível afirmar que, no âmbito das respostas proferidas a partir de raciocínios causais-explicativos, a simples posse dos instrumentos e o 'não dar conta' da aquisição ou 'transporte' dos mesmos, já seria suficiente para o enquadramento. É o que se chamaria de 'caso simples'.

Entretanto – e aqui aparece o problema da distinção entre casos simples e casos complexos –, uma pré-compreensão forjada no paradigma de um direito penal garantista demandará uma resposta que vá além do que 'onticamente objetivamos'. Mas isso somente ocorre quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer nos perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela. Trata-se da hipótese de horizontes distintos, que provocará o 'choque hermenêutico', que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Como já referido, esse 'choque hermenêutico' faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho (como demonstrarei mais adiante, é quando um *hard case* se transforma em um *easy case*, o que comprova a inadequação hermenêutica de tal distinção).

Pois é nesse exato sentido que deve ser examinado o exemplo anterior, acrescido, agora, desse elemento provocador do estranhamento, isto é, no caso de alguém ser detido na posse de *ganzúas y otros* instrumentos destinados especialmente para *ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*, em plena via pública, em decorrência de uma blitz feita pela polícia. Parece que, aqui, emerge claramente a 'insuficiência da regra', isto é, no caso em tela, está-se diante de uma fusão de horizontes que não encontra guarida na mera objetivação. Está-se, assim, diante de uma demanda significativa que só pode ser atendida a partir da compreensão da dupla estrutura da linguagem.

Estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica (legítima) do direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional.

O caso concreto demanda uma série de análises, que ultrapassam o raciocínio causal explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demanda da pelo estranhamento que provoca essa nova situação. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional do dispositivo legal com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz da Constituição, a regra jurídica é aplicável à hipótese (ao caso)".

Com efeito, no presente caso, voto pelo indeferimento da ordem.

É o voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 106.163
PROCED. : RIO DE JANEIRO
RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : ROGÉRIO PONTES DUTRA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PUBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: *habeas corpus* denegado, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 06.03.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Karima Batista Kassab
Coordenadora